

Libertad y propiedad

*Por un Constitucionalismo de
Derecho Privado*



Luigi Ferrajoli

Libertad y propiedad
Por un Constitucionalismo de Derecho Privado





PALESTRA

LUIGI FERRAJOLI

LIBERTAD Y PROPIEDAD
POR UN CONSTITUCIONALISMO DE
DERECHO PRIVADO

PALESTRA

PALESTRA EDITORES
LIMA - 2018

Palestra **Extramuros**

CONSEJO EDITORIAL

Owen Fiss
Gustavo Zagrebelsky
Robert Alexy
Manuel Atienza
José Juan Moreso

LIBERTAD Y PROPIEDAD

Por un Constitucionalismo de Derecho Privado

Luigi Ferrajoli

Palestra Editores: primera edición, Octubre de 2018

© Luigi Ferrajoli

© 2018. Palestra Editores S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 Lima 1 - Perú

Telf. (511) 637-8902 / 637-8903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:

Aleph Impresiones S.R.L.

Jr. Risso 580 - Lince

Octubre de 2018

DIAGRAMACIÓN:

Gabriela Zababurú Gamarra

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-16049

ISBN: 978-612-325-061-4

Tiraje: 500 ejemplares | Impreso en el Perú | Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

| | |
|-------------------|---|
| 341 F39 | Ferrajoli, Luigi Libertad y propiedad. Por un Constitucionalismo de Derecho Privado / Luigi Ferrajoli; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2018. 272 p.; 20.5 cm. (Palestra Extramuros) D.L. 2018-16049 ISBN: 978-612-325-061-4 1. Legislación 2. Derecho privado 3. Derecho civil 4. Interpretación y aplicación. |
|-------------------|---|

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| NOTA PRELIMINAR | 7 |
| <i>Pedro P. Grández Castro</i> | |
| Propiedad y libertad | 13 |
| Por un constitucionalismo de derecho privado..... | 39 |
| Tres conceptos de libertad..... | 57 |
| Igualdad, desarrollo económico y democracia..... | 79 |
| Crisis económica, colapso de la democracia..... | 97 |
| Por un constitucionalismo global, contra la anarquía de un capitalismo salvaje..... | 127 |
| Por la unificación del derecho laboral | 137 |
| El estatuto de los trabajadores: un cambio de paradigma en sentido publicista de la relación de trabajo..... | 151 |
| Derechos fundamentales y publicidad del trabajo | 161 |
| Derecho Civil y principio de legalidad..... | 171 |

Índice

| | |
|---|-----|
| Derechos fundamentales y democracia. Dos objeciones a Robert Alexy | 187 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| Sobre el agua como bien fundamental | 209 |
|---|-----|

EPÍLOGO

| | |
|---|-----|
| Libertad y propiedad en la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli | 227 |
| <i>Dario Ippolito</i> | |

| | |
|-------------------------------|-----|
| ORIGEN DE LOS ARTÍCULOS | 267 |
|-------------------------------|-----|



NOTA PRELIMINAR

1. Este volumen desarrolla, de manera orgánica, una de las principales tesis del profesor Ferrajoli respecto a los déficits que presenta el constitucionalismo en el contexto de la globalización de los mercados y la primacía de la actividad empresarial en la organización de nuestras economías. El conjunto de trabajos que se reúnen aquí han sido sugeridos por el propio autor, en la medida que desarrollan de manera armónica la idea central detrás de sus preocupaciones sobre la necesidad de ampliar la estrategia de límites y vínculos del constitucionalismo hacia ámbitos propios del Derecho privado, el mercado y las corporaciones que constituyen, hoy en día, verdaderos poderes que, en muchos casos, suponen verdaderos desafíos para la vigencia de los derechos humanos en todo el mundo.

2. El punto de partida para estas reflexiones es la identidad común entre propiedad y libertad en los inicios del pensamiento liberal de autores como John Locke o J. Stuart Mill, para quienes la reivindicación más radical de la libertad habría consistido, en su momento, en asumirlos como “propiedad de sí mismo”, lo que equivaldría a proclamar una cierta “*immunitas* de le-

siones o constricciones”. De este modo, escribe Ferrajoli, “la idea de la persona misma como ‘propiedad’ sirve para fundar la centralidad de la propiedad en el liberalismo lockeano y en su entera doctrina de la identidad, de la libertad y de los otros derechos naturales como otras tantas formas de propiedad”¹. Ferrajoli cree que esta idea se coloca en el origen de una gran confusión que habría llevado a otras tantas sobre la nivelación de jerarquías entre derechos patrimoniales, poderes o facultades negociales y verdaderos derechos universales, inalienables e inapropiables por ello mismo.

3. Esta estrategia, que en su momento sirvió para reivindicar la propia inmunidad del cuerpo y de las ideas, ha devenido, sin embargo, con el desarrollo del capitalismo, en una confusión conceptual que ha relajado los controles y límites respecto de los poderes del mercado y la autonomía privada, que también se configuran, hoy en día, como verdaderos poderes y que, como tales, requieren de vínculos y límites que el constitucionalismo liberal habría descuidado. Como observa el autor, esto habría ocurrido debido a que, “(...) tanto en la filosofía política como en la ciencia jurídica, los derechos civiles de autonomía privada son configurados como libertades fundamentales, de la misma naturaleza que la libertad personal o que las libertades de imprenta, de reunión y de asociación”². De este modo, los controles y límites del Derecho solo se orientan hacia los poderes públicos, asumiéndolos como el único espacio donde podrían ocurrir amenazas o violaciones de los derechos.

4. Ferrajoli se ha propuesto esclarecer estas confusiones. Para ello, ha esbozado un esquema analítico en el que ha identificado la necesidad de hacer, por lo menos, tres tipos de distinciones que ha llamado estructurales, entre derechos fundamentales y patrimoniales. En primer lugar, los derechos fundamentales son *universales*, mientras que los derechos patrimoniales son *particulares*, es decir, mientras que los derechos

¹ En este volumen, p. 16.

² En este volumen, p. 44.

corresponden a todos por igual, los derechos patrimoniales corresponden a cada uno, a quien es titular en base a algún título, en distinta medida, de diferentes derechos de propiedad. En segundo lugar, diferencia a los derechos fundamentales de los patrimoniales, su *indisponibilidad*: mientras que podemos vender nuestras propiedades, no podemos vender nuestra libertad.

En tercer lugar, el carácter de su *regulación normativa*. Mientras los derechos fundamentales son dispuestos por *normas con carácter general y en abstracto*, los derechos patrimoniales (apropiables) son el resultado de actos de disposición particular. Este esclarecimiento conceptual resulta fundamental si se quiere profundizar en la necesidad garantizar adecuadamente los derechos fundamentales en un escenario en que el mercado parece haberse apropiado de la distribución de los bienes. La estrategia de Ferrajoli, en este punto, plantea la necesidad de extraer del mercado los derechos fundamentales que por su valía e importancia no pueden ser “valorados” mediante la oferta y demanda.

5. El constitucionalismo ha dado un gran salto en los últimos setenta años, tras la aprobación de la Carta de Naciones Unidas de 1948 que pone a los derechos en el centro de la organización de las democracias. Después de dicha declaración, como sabemos, un conjunto de naciones ha constitucionalizado y puesto en un lugar preferente los derechos, sustrayéndolos, de este modo, del juego político de las mayorías. Como ha recordado Dworkin, los derechos humanos son, hoy en día, *triumfos contra las mayorías*³, en la medida que una ley cualquiera del Congreso no los puede alterar en sus contenidos. Ferrajoli ha encontrado que esta descripción es esencialmente correcta también para las Constituciones de la posguerra europea, pero considera que hoy resulta insuficiente. Los derechos requieren, para su vigencia efectiva, no solo quedar fuera del alcance de las mayorías, sino también fuera del alcance de las “manos invisibles” del mercado, sobre todo cuando hay sospechas fun-

³ Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, trad. cast. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

dadas de que, antes que manos amables, estas resultan más bien “garras visibles” dispuestas a arrancarnos bienes valiosos en un contexto de desregulación y desinterés de la agenda pública.

6. En este sentido, la filosofía política de Ferrajoli es, sin duda, escéptica sobre el mercado y sus “bondades”, muchas veces sobredimensionadas entre nosotros. Desde el modelo garantista, también el mercado y los poderes privados pueden y (deben) ser limitados. El constitucionalismo garantista que él profesa es, desde este punto de vista, un modelo normativo, en el sentido que postula un conjunto de creencias y tesis del *deber ser* del Derecho y también de la política que se vinculan con actitudes aspiraciones ancladas en las Constituciones de la democracia constitucional. El Derecho mismo no es para Ferrajoli solo un conjunto de normas que únicamente pueden ser descritas al margen de nuestras aspiraciones como colectivo. Para Ferrajoli, “...el derecho es como nosotros mismos lo pensamos, lo proyectamos, lo defendemos, lo transformamos. Por cómo es y por cómo será, cada uno de nosotros lleva consigo una pequeña parte de responsabilidad”⁴.

Esta concepción del Derecho, aunque pueda parecer sorprendente, coincide en mucho con teorías (también normativas) que, desde otra tradición jurídica, suelen presentarse más bien como críticas del positivismo, incluso del más avanzado de los positivismos, al que Ferrajoli ha insistido en defender bajo el modelo garantista. Me refiero a Dworkin, para quien el llamado constitucionalismo de principios (garantista, digamos en el lenguaje de Ferrajoli) compromete un conjunto de “ideales políticos y jurídicos”, por ejemplo: “el gobierno debe tratar a todos los sujetos como si tuvieran un estatus moral y político igual; debe intentar, bajo la buena fe, tratarlos a todos con igual preocupación; y debe respetar cualquier libertad individual que sea indispensable para tales fines, incluyendo, pero no limitándose a, las libertades más específicamente designadas en el documento, como las libertades de expresión y religión”

⁴ En este volumen, p. 57.

(así en su texto sobre *La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria*⁵). La estrategia de la Constitución, en ambos autores, supone, en consecuencia, un conjunto de ideales y de compromisos que, para Ferrajoli, desde luego comprometen no solo al gobierno, sino a todos los poderes, también a los “poderes salvajes del mercado”.

7. La publicación de un nuevo volumen del profesor Ferrajoli que recoge estas tesis resulta de especial importancia. No solo por la transcendental presencia de sus ideas en los últimos años, sino porque, en este caso, se trata de un juicio crítico sobre el constitucionalismo liberal que se ha impuesto en muchos países de la región sin mayor conciencia de todo lo que está en juego detrás de su implementación. El caso peruano es una buena muestra de esto. Las cláusulas sobre la libertad de empresa y autonomía negocial patrimonial, con frecuencia, son puestas entre nosotros en la sagrada balanza de la ponderación de “bienes constitucionales” y también con demasiada frecuencia esa balanza arroja resultados desalentadores: la empresa, la propiedad, el “desarrollo económico” y la “seguridad jurídica” son preferidos dejando en compás de espera a derechos como la vida e integridad de las comunidades, el trabajo y la seguridad, o la propia igualdad en sus dimensiones más básicas. Es por todo ello que leer a Ferrajoli, en este caso, no será solo un placer como ocurre con toda su producción, sino además un imperativo moral que debe comprometernos con una nueva visión de los derechos.

Quisiera, para cerrar esta nota de urgencia que me he permitido hacer, agradecer a todas las personas que han hecho posible este valioso volumen, empezando por el propio Ferrajoli, quien personalmente ha ordenado cada trabajo en un archivo que me entregó en un viaje anterior a Perú. También la labor de edición y traducción ha comprometido el trabajo de muchos; debo aquí mencionar, en primer lugar, a Mauricio Maldonado

⁵ Dworkin, R. “The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 8. Traducción propia.

Muñoz, quien, a pesar de las muchas dificultades personales que ha tenido que afrontar, se ha dado tiempo para trabajar “bajo la presión” de nuestro exigente equipo editorial, conformado por Noemí Ancí Paredes y Lucía León Pacheco. Asimismo, algunos trabajos han tenido versión previa en castellano, por lo que quiero agradecer a Miguel Carbonell, Javier Espinoza de los Monteros, Nicoletta Carella, Antonella Attili Cardamone, Luis Salazar Carrión, Rodrigo Brito Melgarejo, Yuri Tornero Cruzatt y Dario Ippolito, porque, al cedernos sus trabajos, nos han permitido tener esta visión de conjunto.

A todos mi gratitud y aprecio por su apoyo.

PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO

Pueblo Libre, octubre de 2018

